



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

Sumilla: "Ante la falta de interés para obrar y de legitimidad procesal del Impugnante para cuestionar el otorgamiento de la buena pro, así como por la falta de conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo, se advierte que el recurso de apelación debe declararse IMPROCEDENTE".

Lima, 24 JUL. 2018

Visto en sesión de fecha 24 de julio de 2018 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 2289/2018.TCE, sobre el recurso de apelación interpuesto por la empresa GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L., en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 011-2018GA-MPM – Procedimiento Electrónico – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de Alimentos para el Programa PANTBC: 69,645 Latas de Leche Evaporada Entera", oído el informe oral y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. El 1 de junio de 2018¹, la Municipalidad Provincial de Maynas, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Simplificada N° 011-2018GA-MPM – Procedimiento Electrónico – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de Alimentos para el Programa PANTBC: 69,645 Latas de Leche Evaporada Entera", con un valor referencial ascendente a S/ 312,288.18 (trescientos doce mil doscientos ochenta y ocho con 18/100 soles), en lo sucesivo el procedimiento de selección.

El 14 de junio de 2018 se llevó a cabo la presentación de ofertas y el 19 del mismo mes y año, el otorgamiento de la buena pro a la empresa Pacheco Trading S.A.C., en adelante el Adjudicatario, conforme al siguiente detalle:

POSTOR	Precio Total S/	Orden de prelación	Condición
Pacheco Trading S.A.C.	253,507.80	2° (91.87 puntos)	Adjudicado

¹ Según la ficha del procedimiento de selección registrada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, obrante en el folio 353 del expediente administrativo.

Group Inversiones J & JK E.I.R.L.	227,739.15	1° (100 puntos)	Descalificado
-----------------------------------	------------	--------------------	---------------

2. Mediante Escrito N° 1 presentado el 25 de junio de 2018 en la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Tarapoto, recibido el 26 del mismo mes y año por la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la empresa Group Inversiones J & JK E.I.R.L., en adelante el Impugnante, interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro, solicitando que se revoque la descalificación de su oferta y se le otorgue la buena pro, en atención a los siguientes argumentos:

- i. Refiere que el Comité de Selección descalificó su oferta porque supuestamente no cumple con el requisito de calificación experiencia del postor.

Al respecto, afirma que a folios 23 y 33 de su oferta, presentó el contrato que suscribió con la empresa CESUKI, así como su conformidad. Asevera que su representada no contrató directamente con *Qali Warma*, sino la empresa CESUKI fue la que contrató con *Qali Warma*.

Indica que el Comité de Selección advirtió incongruencias en los precios unitarios establecidos en la cláusula tercera del contrato celebrado con CESUKI; sin embargo, ello se debe a que, en algunos casos, los valores de los precios unitarios se encontraban redondeados a uno o dos decimales. Precisa que este error se produce cuando se exporta una hoja de EXCELL a un archivo WORD.

Agrega que no existe documentación alguna que desvirtúe el principio de presunción de veracidad de dicho contrato. Indica que no se debe descalificar una oferta por presunciones, solo procede la descalificación cuando se evidencia fehacientemente los incumplimientos respecto a la documentación solicitada o se acredita la falsedad o inexactitud de la documentación presentada.

- ii. Finalmente, el Impugnante refiere que el Comité de Selección ha usurpado facultades fiscalizadoras que le corresponden al Órgano Encargado de las Contrataciones, de conformidad con lo señalado en las Opiniones N° 022-2013/DTN y N° 101-2009/DTN.



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

3. Por decreto del 28 de junio de 2018², se dispuso admitir a trámite el recurso de apelación interpuesto por el Consorcio Impugnante. Asimismo, se dispuso correr traslado del recurso a la Entidad para que remita los antecedentes administrativos completos, ordenados cronológicamente, foliados y con su respectivo índice, incluyendo el informe técnico legal correspondiente y copia de los cargos de notificación a los postores que pudieran verse afectados con el pronunciamiento del Tribunal, otorgándosele, para dichos efectos, un plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente, y de poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional, en el supuesto caso de incumplimiento.
4. Por decreto del 11 de julio de 2018³, la Secretaría del Tribunal dio cuenta que la Entidad no cumplió con remitir los antecedentes administrativos que le fueron requeridos, por lo que hizo efectivo el apercibimiento decretado remitiendo el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.
5. Mediante "Formulario de Trámite y/o Impulso de Expediente Administrativo" presentado el 12 de julio de 2018 en la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Iquitos, recibido el 13 del mismo mes y año por el Tribunal, la Entidad remitió los antecedentes administrativos que le fueron requeridos, entre ellos, el Informe Técnico Legal N° 428-2018-SGL-GA-MPM de fecha 10 de julio de 2018, a través del cual indicó lo siguiente:
 - a) Refiere que el Impugnante no cumplió con presentar la garantía comercial por seis (6) meses, conforme requirió el área usuaria, sólo presentó una garantía comercial de tres (3) meses.
 - b) Indica que en el contrato presentado por el Impugnante para acreditar su experiencia, existe incongruencia entre las cantidades y los precios unitarios, lo que evidencia "rasgos de información falsa y/o inexacta".
 - c) Señala que la empresa Impugnante tenía como titular a la señora July Doris García Bartra la que transfirió sus derechos y/o la titularidad a la señora Viviana Ledesma Vásquez; es decir, únicamente transfirió sus acciones, mas no fue absorbida o fusionada por lo que no se puede considerar válida la experiencia.

² Documento obrante en el folio 9 del expediente administrativo.
³ Documento obrante en el folio 365 del expediente administrativo.

Solicita se tenga en cuenta las Opiniones N° 102-2012/DTN y N° 010-2013/DTN.

6. Por decreto del 12 de julio de 2018, se programó audiencia pública para el 18 de julio de 2018.
7. El 18 de julio de 2018 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación del representante de la Entidad.
8. Por decreto del 19 de julio de 2018, se declaró el expediente listo para resolver.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, el recurso de apelación interpuesto por la empresa GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro de la Adjudicación Simplificada N° 011-2018GA-MPM – Procedimiento Electrónico – Primera Convocatoria, convocada bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, en adelante la Ley, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante el Reglamento, por lo que tales normas son aplicables a la resolución del presente caso.

III. PROCEDENCIA DEL RECURSO:

2. El artículo 41 de la Ley establece que las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el Reglamento.
3. Con relación a ello, es necesario tener presente que los medios impugnatorios en sede administrativa se encuentran sujetos a determinados controles de carácter formal y sustancial, los cuales se establecen a efectos de determinar la admisibilidad y procedencia de un recurso, respectivamente; en el caso de la procedencia, se evalúa la concurrencia de determinados requisitos que otorgan legitimidad y validez a la pretensión planteada a través del recurso, es decir, el análisis de la procedencia implica la confrontación de determinados aspectos de la pretensión invocada y los supuestos establecidos en la normativa para que dicha pretensión sea evaluada por el órgano resolutorio.



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

En ese sentido, a efectos de verificar la procedencia del recurso de apelación, es pertinente remitirnos a las causales de improcedencia previstas en el artículo 101 del Reglamento, a fin de determinar si el presente recurso es procedente o por el contrario, se encuentra inmerso en alguna de las referidas causales.

a) La Entidad o el Tribunal, según corresponda, carezcan de competencia para resolverlo.

4. El artículo 95 del Reglamento, delimita la competencia para conocer el recurso de apelación, estableciendo que es conocido y resuelto por el Tribunal, cuando se trate de procedimientos de selección cuyo valor referencial sea superior a cincuenta (50) UIT⁴ y cuando se trate de procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. También dispone que, en los procedimientos de selección según relación de ítems, incluso los derivados de un desierto, el valor referencial total del procedimiento original determina ante quien se presenta el recurso de apelación.

Bajo tal premisa normativa, dado que en el presente caso el recurso de apelación ha sido interpuesto respecto de una Adjudicación Simplificada, cuyo valor referencial asciende a S/ 312,288.18, resulta que este Colegiado es competente para conocerlo puesto que dicho monto es superior a 50 UIT (S/ 207,500.00).

b) Sea interpuesto contra alguno de los actos que no son impugnables.

5. El artículo 96 ha establecido taxativamente los actos que no son impugnables, tales como: i) Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones, ii) Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección, iii) Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración, iv) Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes, y v) Las contrataciones directas.

En el caso concreto, el Impugnante ha interpuesto recurso de apelación contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro; por consiguiente, se advierte que los actos objeto del recurso no se encuentran comprendidos en la lista de actos inimpugnables.


Unidad Impositiva Tributaria.

c) Sea interpuesto fuera del plazo.

6. El artículo 97 del precitado Reglamento establece que la apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro, mientras que en el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, el plazo es de cinco (5) días hábiles, siendo los plazos indicados aplicables a todo recurso de apelación.

En concordancia con ello, el artículo 56 del mismo cuerpo normativo establece que, luego de la calificación de las ofertas, el comité de selección debe otorgar la buena pro, mediante su publicación en el SEACE.

En el presente caso, de la revisión del SEACE se aprecia que el otorgamiento de la buena pro se publicó el 20 de junio de 2018; por tanto, el Impugnante contaba con un plazo de cinco (5) días hábiles para interponer recurso de apelación, esto es, hasta el 27 de junio de 2018.

Ahora bien, revisado el expediente, se aprecia que mediante Escrito N° 1 presentado el 25 de junio de 2018 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Tarapoto, recibido el 26 del mismo mes y año por el Tribunal, el Impugnante interpuso recurso de apelación; por consiguiente, se verifica que éste ha sido interpuesto dentro del plazo estipulado en la normativa vigente.

d) El que suscriba el recurso no sea el impugnante o su representante.

De la revisión del recurso de apelación, se aprecia que éste aparece suscrito por la representante del Impugnante, la señora Viviana Ledesma Vásquez.

e) El impugnante se encuentre impedido para participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte algún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentra inmerso en alguna causal de impedimento.

f) El impugnante se encuentre incapacitado legalmente para ejercer actos civiles:



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

De los actuados que obran en el expediente administrativo, a la fecha, no se advierte algún elemento a partir del cual podría inferirse que el Impugnante se encuentra incapacitado legalmente para ejercer actos civiles.

g) El impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.

7. De conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 101 del Reglamento, constituye una causal de improcedencia del recurso de apelación, la falta de legitimidad procesal del impugnante, entendida como aquella condición que lo habilita a formular cuestionamientos respecto de un acto del cual ha participado y que, considera, le causa agravio.

Asimismo, en el último párrafo del mencionado artículo, se señala que el recurso de apelación será declarado improcedente por falta de interés para obrar, cuando el impugnante cuestiona la adjudicación de la buena pro, sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta.

De manera concordante, el numeral 215.1 del artículo 215 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante TUO de la LPAG, establece la facultad de contradicción administrativa, según la cual, frente a un acto administrativo que supone *viola, desconoce* o *lesiona* un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante la interposición del recurso correspondiente que en materia de contrataciones del Estado, es el recurso de apelación.

8. Así, el impugnante se encuentra legitimado para impugnar determinados actos del procedimiento de selección en los que haya participado, como por ejemplo la descalificación o no admisión de su oferta, o el otorgamiento de la buena pro; este último supuesto de legitimación se da siempre que conserve su condición de postor, caso contrario carecerá de legitimación para impugnar la buena pro.
9. Al respecto, debe tenerse en cuenta que en materia de contratación estatal, la impugnación al otorgamiento de la buena pro está reservada a aquellos postores que participaron en este acto, mas no para aquellos que fueron no admitidos o descalificados en la etapa de evaluación o calificación, según corresponda, conforme al precedente de observancia obligatoria sentado por este Tribunal mediante Acuerdo

de Sala Plena N° 014/009⁵, cuyo tenor estableció diferencias entre los actos de descalificación técnica, descalificación económica y el otorgamiento de la buena pro, al señalar claramente que "*la impugnación de este último será reservada para aquellos postores que participaron de los actos vinculados directamente al otorgamiento de Buena Pro*".

Dicho aspecto, ha sido desarrollado en reiterada jurisprudencia⁶ de este Tribunal al indicarse que la descalificación de un postor implica para este la pérdida de su calidad de oferente, sin perjuicio del derecho que le asiste de contradecir dicha decisión en la vía administrativa, de manera que su permanencia en el proceso de selección dependerá de la resolución de tal asunto. En ese sentido, la procedencia de las pretensiones dirigidas contra los demás postores estará condicionada a su reincorporación al proceso de selección pues solo así recobrará legitimidad para impugnar otros aspectos que considere le causen agravio.

Bajo tal premisa, considerando que en el presente caso, el recurso de apelación ha sido interpuesto contra la descalificación de su oferta y el otorgamiento de la buena pro, resulta necesario determinar si dicho acto viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo del Impugnante.

10. Con relación a ello, debe tenerse presente que, conforme consta en el "Acta de evaluación, calificación y otorgamiento de la buena pro" del 19 de junio de 2018", el Impugnante fue descalificado por tres motivos, no haber ofertado la *Garantía Comercial* conforme a lo establecido en las bases integradas, no haber presentado la *Habilitación Sanitaria del Establecimiento vigente otorgado por DIGESA* y no haber acreditado el requisito de calificación *Experiencia del Postor*.
11. Siguiendo la línea de razonamiento expuesta en los párrafos que anteceden, resulta evidente que, para que el Impugnante esté legitimado para cuestionar el otorgamiento de la buena pro, previamente debe haber cuestionado su descalificación, y solo en caso se determine su readmisión al proceso, podría considerarse que cuenta con interés legítimo. Por consiguiente, en tanto ello no se produzca, el Impugnante únicamente tendrá legitimidad para cuestionar el acto que directamente le causa

⁵ Cabe indicar que si bien dicho acuerdo fue emitido cuando se encontraba vigente una normativa distinta (Decreto Legislativo N° 1017 y su reglamento) a la del presente caso (Ley N° 30225 y su reglamento), la cual preveía un diferente orden en el desarrollo de las etapas de los procedimientos de selección; es cierto también que, la reserva de la legitimidad para cuestionar el otorgamiento de la buena pro a los postores que participaron de dicho acto; resulta aplicable al caso de autos pues se encuentra vinculado a la legitimidad para cuestionar el otorgamiento de la buena pro.

⁶ Véase las Resoluciones N° 343/2004.TC-SU, N° 1798-2007-TC-S2, N° 193/2007.TC-SU.



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

agravio; esto es, su propia descalificación.

12. De los argumentos esbozados por el Impugnante, se advierte que de los tres motivos en que se sustentó la decisión del comité de selección para descalificar su oferta, éste sólo ha cuestionado en su recurso de apelación uno de ellos (el referido a la *Experiencia del Postor*), **sin plantear ningún cuestionamiento respecto a la descalificación de su oferta por no haber ofertado la *Garantía Comercial* conforme a lo establecido en las bases integradas y no haber presentado la *Habilitación Sanitaria del Establecimiento vigente otorgado por DIGESA*.**
13. En el marco de lo antes expuesto, cabe recordar que el numeral 7 del artículo 101 del Reglamento establece que, el recurso de apelación es declarado improcedente, cuando se advierte que el impugnante carezca de interés para obrar o de legitimidad procesal para impugnar el acto objeto de cuestionamiento.
14. En el presente caso, y conforme se ha expuesto, la oferta del Impugnante fue descalificada por tres motivos diferentes, cada uno de los cuales era suficiente por sí mismo para justificar la descalificación. Sin embargo, el Impugnante no ha cuestionado dos de los tres motivos que originaron su descalificación, lo que conlleva necesariamente a considerar consentida la descalificación de su oferta por ese motivo. De hecho, aun si el cuestionamiento contra uno de los motivos de descalificación tuvieran sustento, ello no sería suficiente para revertir su condición de descalificado.
15. Por las consideraciones expuestas, ante la falta de interés para obrar y de legitimidad procesal del Impugnante para cuestionar el otorgamiento de la buena pro, corresponde declarar improcedente el recurso de apelación.
h) Sea interpuesto por el postor ganador de la buena pro.
16. En el caso concreto, el Impugnante no obtuvo la buena pro en el procedimiento de selección.
i) No exista conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo.
17. Para que un recurso sea procedente, los fundamentos de hecho del mismo deben ser congruentes con lo que se pide, de manera tal que, de estimarse tales fundamentos, el pedido sea acogido por la autoridad que resuelve. En tal sentido, para que el recurso sea procedente se requiere verificar la conexión lógica entre lo que se pide y los

hechos que fundamentan su pedido, pues en caso contrario, el recurso merece ser declarado improcedente.

18. En el caso que nos ocupa, el recurso de apelación ha sido interpuesto por el Impugnante contra la descalificación de su oferta. Como se puede observar del análisis del indicado recurso, el petitorio del mismo se encuentra referido a que se revoque dicha descalificación y se le otorgue la buena pro, de ser el caso.
19. Ahora bien, de una lectura y análisis del recurso presentado, se advierte que el Impugnante cuestiona la descalificación de su oferta en función del cumplimiento y acreditación del requisito de calificación *Experiencia del Pastor*, solicitando se revierta su condición de descalificado y se le otorgue la buena pro del procedimiento de selección.

Sin embargo, de la revisión del "Acta de evaluación, calificación y otorgamiento de la buena pro" del 19 de junio de 2018", se observa que la oferta formulada por el Impugnante fue descalificada, además del motivo expuesto en su recurso de apelación, por no haber ofertado la *Garantía Comercial* conforme a lo establecido en las bases integradas y no haber presentado la *Habilitación Sanitaria del Establecimiento vigente otorgado por DIGESA*, **extremo que no fue objeto de cuestionamiento alguno en su recurso de apelación.**

20. Dentro de este contexto, se observa que el Impugnante, al interponer su recurso ha omitido referirse a la totalidad de las razones expuestas por el comité de selección para sustentar su descalificación.
21. En este orden de ideas, se advierte que el petitorio del presente recurso se encuentra destinado, en primer término, a que se revierta la descalificación de la oferta del Impugnante; no obstante, que los hechos y cuestionamientos expuestos en su recurso no se encuentran destinados a sustentar dicho petitorio, toda vez que, éstos no contienen, controvierten, ni discuten todas las razones alegadas por el comité de selección para sustentar la descalificación de su oferta; advirtiéndose en el caso concreto, una falta de conexión lógica entre lo que el Impugnante solicita y los fundamentos de su petitorio.
22. Tal es así que, aún en el supuesto de que este Colegiado concordara con los fundamentos expuestos por el Impugnante en su recurso de apelación respecto a dos de los motivos por los que su oferta fue descalificada, el pedido de que se tenga por calificada su oferta no podría ser acogido; toda vez que, no ha cuestionado todas las



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

razones expuestas por el comité de selección para sustentar la descalificación de su oferta, lo que revela una falta de conexión lógica entre hechos y petitorio, pues si bien el Impugnante pide que se revierta su descalificación, sus fundamentos de hecho y de derecho no cuestionan todos los motivos de dicha descalificación.

23. Por lo expuesto, no existiendo conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso impugnativo y el petitorio del mismo, corresponde declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por el Impugnante, también por esta causal.
24. En el marco de lo antes expuesto, ante la falta de interés para obrar y de legitimidad procesal del Impugnante para cuestionar el otorgamiento de la buena pro, así como por la falta de conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo, se advierte que el recurso de apelación debe declararse **IMPROCEDENTE** en aplicación de los numerales 7 y 9 del artículo 101 del Reglamento.
25. Sin perjuicio de lo señalado, considerando que la Entidad ha señalado que el Impugnante ha presentado, a efectos de acreditar su experiencia, un contrato que podría constituir un documento falso y/o con información inexacta, corresponde que practique la fiscalización posterior de dicho contrato, así como de su conformidad, para lo cual deberá requerir documentación que acredite la transacción efectuada (como guías de remisión, comprobantes de pago, vouchers de depósitos, entre otros); asimismo, deberá informar a este Tribunal los resultados de dicha fiscalización en el plazo de veinte (20) días hábiles contabilizados a partir de la publicación de la presente resolución.
26. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el literal d) del artículo 106 del Reglamento, corresponde declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 del Reglamento, corresponde ejecutar la garantía presentada por la interposición del recurso de apelación.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal ponente Mario Arteaga Zegarra, y la intervención de los vocales Antonio Corrales Gonzales y Peter Palomino Figueroa, y atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 15-2017-OSCE/CD de fecha 12 de mayo de 2017, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 52 y 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y en los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10 y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por mayoría;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L** (R.U.C N° 20600249160) contra la descalificación de su oferta en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 011-2018GA-MPM – Procedimiento Electrónico – Primera Convocatoria, para la "Adquisición de Alimentos para el Programa PANTBC: 69,645 Latas de Leche Evaporada Entera", conforme a los fundamentos expuestos.
2. **EJECUTAR** la garantía presentada por la empresa **GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L** (R.U.C N° 20600249160).
3. Disponer que la Entidad practique la fiscalización posterior de la oferta de la empresa **GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L** (R.U.C N° 20600249160), conforme a lo indicado en el considerando 25 de la presente resolución.
4. Disponer la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la Mesa de Partes del Tribunal dentro del plazo de treinta (30) días calendario de notificada la presente Resolución, debiendo autorizar por escrito a la (s) persona (s) que realizará (n) dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central del OSCE para que se gestione su eliminación siguiendo lo dispuesto en la Directiva N° 001-2018-AGN-DNDAAI "NORMA PARA LA ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS DE ARCHIVO EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO".
5. Dar por agotada la vía administrativa.



VOCAL

Ss.
Corrales Gonzales
Palomino Figueroa.



VOCAL



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

VOTO EN DISCORDIA DEL VOCAL MARIO ARTEAGA ZEGARRA

El Vocal que suscribe el presente voto en discordia, discrepa respetuosamente del criterio expresado por el voto en mayoría, en relación a aquella parte de la decisión por la que de plano se declara improcedente el recurso de apelación, por las siguientes consideraciones:

I. PROCEDENCIA DEL RECURSO


1. En la modificación del artículo 101 del Reglamento (realizada mediante Decreto Supremo N° 056-2017), el legislador ha incorporado la **falta de interés para obrar** —junto a la *falta de legitimidad procesal*— como una causal más para la declaración de improcedencia de un recurso de apelación.

Complementariamente, en el último párrafo de dicho artículo se precisa que “*el recurso de apelación será declarado improcedente por falta de interés para obrar, entre otros casos, si el postor cuya oferta no ha sido admitida o ha sido descalificada, según corresponda, impugna la adjudicación de la buena pro sin cuestionar la no admisión o descalificación de su oferta*”.

2. Ante la incorporación mencionada, lo que corresponderá es darle un sentido e interpretación a cada uno de los términos empleados para dar lugar a dos figuras jurídica distintas, no obstante que en otras áreas del derecho —especialmente en el derecho común, e incluso en el propio derecho administrativo— tienen otras denominaciones (legitimidad para obrar, interés procesal, capacidad para obrar, capacidad procesal, etc.).

En opinión del suscrito la *legitimidad procesal* se refiere a la condición que debe tener un agente de la contratación pública para interponer un recurso de apelación en el marco de determinado procedimiento de selección. En primera instancia, la normativa (Art. 41.1 de la Ley) establece dicha condición únicamente para los **participantes y a los postores** del proceso de selección, en tanto se reconoce solamente a ellos como los titulares directos de derechos que son conculcados contraviniéndose la normatividad, mas no así a otros agentes vinculados con la contratación gubernamental, como sería el caso de otros proveedores (aunque estén inscritos en un registro nacional como el RNP), a gremios empresariales, profesionales o representativos de las Mipymes, a miembros de la sociedad civil (defensores de la transparencia o del medio ambiente), la contraloría, la defensoría del pueblo, la procuraduría del Estado etc. (como puede suceder en otros países, tras considerarse que la contratación pública involucra el interés general de la población).

En cambio, de acuerdo a la precisión realizada por el legislador en el último párrafo del artículo 101 del Reglamento, el *interés para obrar* implicará que no basta con ser el habilitado titular directo de un derecho presumiblemente conculcado (participante o postor), sino que debe existir una *utilidad* en el **resultado esperado** por el recurrente⁷; es decir, el apelante debe demostrar preliminarmente que tiene interés (*personal, actual y probado*)⁸ en obtener un beneficio o evitar un perjuicio, toda vez que su recurso determinará la suspensión del procedimiento de contratación (con la consecuente afectación del interés público). Por ello, el legislador ha determinado, entre otros supuestos, que el postor que no cuestione previamente su descalificación o la no admisión de su oferta, no podrá impugnar el otorgamiento de la buena pro, dado que para él no existirá utilidad o beneficio directo alguno.

- 
3. Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que, en la mayoría de casos, la existencia o falta de *interés para obrar* podrá determinarse tanto del contenido como de la naturaleza del **petitorio** formulado en el recurso; mientras que en otras ocasiones será necesario entrar a analizar los puntos controvertidos, y así verificar si, por ejemplo, el postor impugnante podía revertir solamente su descalificación o la no admisión de su oferta, mas no oponerse al otorgamiento de la buena pro a otro postor.
 4. Por otro lado, el Vocal que suscribe el presente voto considera que tampoco se produce en el presente caso, como causal de improcedencia, la ausencia de conexión lógica entre los hechos expuestos en el recurso y el petitorio del mismo, al haberse comprobado que el impugnante omitió referirse a una de las tres razones por las que fue descalificado.

Al respecto, debe tenerse en consideración que durante la evaluación de la procedencia de un recurso, la conexión lógica requerida se debe dar entre lo que pide el recurrente y los hechos que alude, más que entre el petitorio y la *causa petendi* o fundamentos esgrimidos. En el presente caso, se aprecia que el recurrente solicita la nulidad de su descalificación y, de los hechos expuestos (y obrantes en el SEACE), se evidencia que dicho postor fue descalificado. La evidente o la aparente ausencia (o inconsistencia) de los argumentos esgrimidos ya será materia de los puntos

⁷ LUIISO, Francesco. "Diritto processuale civile". Milán: Giuffré, 1997. pp. 201-207. citado por AVENDAÑO VALDEZ, Juan Luis. "El Interés para obrar", publicado en "Themis 58, Revista de Derecho", pp. 63-69.

⁸ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso y PAREJO ALFONSO, Luciano. Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 160 y ss. citado por MORÓN URBINA, Juan Carlos. "La Contratación Estatal, Análisis de las diversas formas y técnicas contractuales que utiliza el Estado". pp. 778-779.



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

controvertidos que se fijan a fin de determinar si el recurso debe ser declarado **fundado** (en todo o en parte) o **infundado** cuando no existen fundamentos válidos para atender todas las pretensiones.

5. Bajo tales consideraciones, y en atención a los principios que inspiran las contrataciones del Estado, así como aquellos que regulan las relaciones entre la administración y los administrados, el Vocal suscribiente del presente voto considera que en el presente caso corresponderá entrar a analizar los puntos controvertidos que sean necesarios y suficientes para atender las pretensiones y/o el petitorio formulado.

II. PETITORIO:

El Impugnante solicita a este Tribunal lo siguiente:

- Se revierta la descalificación de su oferta.

III. FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:


Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado y considerando el petitorio señalado precedentemente, corresponde efectuar el análisis de fondo del mismo, para lo cual cabe fijar los puntos controvertidos del presente procedimiento. En este sentido, es preciso tener en consideración lo establecido en el numeral 3 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual, *"las partes deben formular sus pretensiones y ofrecer medios probatorios en el escrito que contiene el recurso de apelación y en el escrito de absolución de traslado del recurso de apelación, presentados dentro del plazo previsto. La determinación de puntos controvertidos se sujeta a lo expuesto por las partes en dichos escritos, sin perjuicio de la presentación de pruebas y documentos adicionales que coadyuven a la resolución de dicho procedimiento"*.

Asimismo, debe considerarse el numeral 4 del artículo 104 del Reglamento, en virtud del cual *"(...) el postor o postores emplazados deben absolver el traslado del recurso en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles, contados a partir del día siguiente de haber sido notificados con el recurso de apelación. La absolución del traslado es presentado a la Mesa de Partes del Tribunal o en las Oficinas Desconcentradas del OSCE, según corresponda"*.

Dicha posición resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 105 del Reglamento, en virtud del cual la resolución expedida por el Tribunal que se

pronuncie sobre el recurso de apelación deberá contener, entre otra información, "*la determinación de los puntos controvertidos definidos según los hechos alegados por el Impugnante mediante su recurso y por los demás intervinientes en el procedimiento de impugnación al absolver el traslado del recurso de apelación*".

En consecuencia, únicamente pueden ser materia de análisis los argumentos expuestos en el recurso de apelación y la absolución de este. En el marco de lo indicado los puntos controvertidos a dilucidar consisten en:

- 
- i. Determinar si la oferta del Impugnante cumple con la especificación técnica referida a la *Garantía Comercial*.
 - ii. Determinar si la oferta del Impugnante cumple con el requisito de calificación *Habilitación*.
 - iii. Determinar si la oferta del Impugnante cumple con el requisito de calificación *Experiencia del Postor*.

IV. ANÁLISIS:

Consideraciones previas

1. Como marco referencial, es preciso tener en cuenta que el análisis que efectúe este Tribunal debe tener como regla que la finalidad de la normativa de contrataciones públicas no es otra que las Entidades adquieran bienes, servicios y obras, maximizando el valor de los recursos públicos que se invierten bajo el enfoque de gestión por resultados, de tal manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios regulados en la Ley.
2. Debe destacarse que el procedimiento administrativo se rige por principios, que constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos, por un lado, para encausar y delimitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento y, por el otro, para controlar la discrecionalidad de la Administración en la interpretación de las normas aplicables, en la integración jurídica para resolver aquellos aspectos no regulados, así como para desarrollar las regulaciones administrativas complementarias. Abonan en este sentido, entre otros, los principios de eficacia y eficiencia, transparencia, igualdad de trato, recogidos en el artículo 2 de la Ley.



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

Así, cabe mencionar que en atención al principio de transparencia, las Entidades deben proporcionar información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad; este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico. Mientras que, en virtud del principio de libertad de concurrencia, las Entidades deben promover el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, evitando exigencias y formalidades costosas e innecesarias; así como el principio de competencia, conforme al cual los procesos de contratación deben incluir disposiciones que permitan establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la oferta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación.

3. También, es oportuno señalar que las bases integradas constituyen las reglas definitivas del procedimiento de selección y es en función de ellas que debe efectuarse la calificación y evaluación de las ofertas, quedando tanto las Entidades como los postores, sujetos a sus disposiciones.

A partir de lo expuesto, tenemos que las bases de un procedimiento de selección deben contar con el contenido mínimo de los documentos del procedimiento que establece la normativa de contrataciones, los requisitos de calificación y los factores de evaluación, cuya finalidad se encuentra orientada a elegir la mejor oferta sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores, que redunden en una oferta de calidad y al mejor costo para el Estado, constituyendo un parámetro objetivo, claro, fijo y predecible de actuación de la autoridad administrativa, que tiene como objetivo evitar conductas revestidas de subjetividad que puedan ulteriormente desembocar en situaciones arbitrarias, asegurando con ello un marco de seguridad jurídica.

Bajo esta regla, las exigencias de orden formal y sustancial que la normativa prevea o cuya aplicación surja a partir de su interpretación, deben obedecer a la necesidad de asegurar el escenario más idóneo en el que, dentro de un contexto de libre competencia, se equilibre el óptimo uso de los recursos públicos y se garantice el pleno ejercicio del derecho de las personas naturales y jurídicas para participar como proveedores del Estado.

4. Ahora bien, según lo establecido en el artículo 16 de la Ley, el área usuaria debe requerir los bienes, servicios u obras a contratar, siendo responsable de formular las

especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, respectivamente, además de justificar la finalidad pública de la contratación. Además, se dispone que los bienes, servicios u obras que se requieran deben estar orientados al cumplimiento de las funciones de la Entidad, y que las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico deben formularse de forma objetiva y precisa, proporcionando acceso en condiciones de igualdad al proceso de contratación, sin la creación de obstáculos que perjudiquen la competencia en el mismo.

5. En concordancia con lo señalado, el artículo 54 del Reglamento establece que, de manera previa a la evaluación, el comité de selección debe determinar si las ofertas responden a las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas y términos de referencia especificados en las bases, toda vez que, de no cumplir con lo requerido, la oferta se considera no admitida. Solo se evalúan las ofertas que cumplen con lo señalado.

La evaluación tiene por objeto determinar la oferta con el mejor puntaje y el orden de prelación de las ofertas, según los factores de evaluación enunciados en las bases.

Adicionalmente, el artículo 55 del Reglamento señala que, luego de culminada la evaluación, el comité de selección debe determinar si los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar según el orden de prelación, cumplen con los requisitos de calificación especificados en las bases. La oferta del postor que no cumpla con los requisitos de calificación debe ser descalificada. Si ninguno de los dos postores cumple con los requisitos de calificación, el comité de selección debe verificar los requisitos de calificación de los postores admitidos, según el orden de prelación obtenido en la evaluación.

6. De las disposiciones glosadas, se desprende que, previamente a la evaluación de las ofertas, debe determinarse el cumplimiento de las características y/o requisitos funcionales y condiciones de las especificaciones técnicas, cuya función es asegurar a la Entidad que la propuesta del postor cumple con las características mínimas de idoneidad para proveer o ejecutar adecuadamente el bien o servicio objeto de la contratación, habilitando con ello a las propuestas que ingresarán en competencia y que serán evaluadas posteriormente, para luego aplicar los factores de evaluación, los cuales contienen los elementos a partir de los cuales se asignará puntaje con la finalidad de seleccionar la mejor oferta.

De acuerdo con lo señalado, tanto la Entidad como los postores se encuentran obligados a cumplir con lo establecido en las bases integradas; tal es así que la Entidad



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

tiene el deber de evaluar las propuestas conforme a las especificaciones técnicas y los criterios objetivos de evaluación detallados en aquellas.

Bajo tales consideraciones, se proseguirá con el análisis de los puntos controvertidos.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si la oferta del Impugnante cumple con la especificación técnica referida a la *Garantía Comercial*.

7. En vista que la oferta del Impugnante fue descalificada, corresponde remitirnos a los motivos expuestos por el Comité de Selección para adoptar tal decisión, conforme se expone a continuación:


"el postor GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L., precisó otorgar una vigencia de tres (03) meses a partir de la conformidad de recepción del producto, sin embargo el área usuaria, ha solicitado en las especificaciones técnicas, específicamente en el punto 5.1.10 Garantía Comercial, seis (06) meses a partir de la fecha de otorgado la conformidad"

8. Al respecto, cabe mencionar que el Impugnante no ha formulado ningún cuestionamiento relacionado al cumplimiento de la especificación técnica referida a la *Garantía Comercial*, con lo cual ha consentido este extremo de la descalificación de su oferta.

En ese sentido, dado que a folios 29 (reverso) de su oferta, el Impugnante ha ofertado una garantía comercial de tres (3) meses, no obstante que en las bases integradas se requirió que la garantía comercial fuera por un período de seis (6) meses, resulta que su oferta no cumple con dicha especificación técnica, por lo que corresponde confirmar la desestimación de la misma.

9. Adicionalmente, cabe advertir que otro de los motivos de descalificación de la oferta del Impugnante, se debe a que no presentó copia de la Habilitación Sanitaria del Establecimiento vigente otorgado por DIGESA; sin embargo, el Impugnante no ha cuestionado este extremo de la descalificación de su oferta.

En tal sentido, considerando que el Impugnante no ha presentado copia de la Habilitación Sanitaria de Establecimiento vigente, otorgada por DIGESA, conforme se requirió para el requisito de calificación de *Habilitación*, se tiene que su oferta no cumple con este requisito por lo que corresponde confirmar la descalificación de su oferta.

- 
10. Por otra parte, si bien el Impugnante ha planteado argumentos relacionados al cumplimiento del requisito de calificación experiencia del postor, carece de objeto avocarse al análisis de los mismos, dado que no revertirá la descalificación de su oferta, al no cumplir con la especificación técnica referida a la *Garantía Comercial* y con el requisito de calificación *Habilitación*.
 11. Sin perjuicio de lo señalado, considerando que la Entidad ha señalado que el Impugnante ha presentado, a efectos de acreditar su experiencia, un contrato que podría constituir un documento falso y/o con información inexacta, corresponde que practique la fiscalización posterior de dicho contrato, así como de su conformidad, para lo cual deberá requerir documentación que acredite la transacción efectuada (como guías de remisión, comprobantes de pago, vouchers de depósitos, entre otros); asimismo, deberá informar a este Tribunal los resultados de dicha fiscalización en el plazo de veinte (20) días hábiles contabilizados a partir de la publicación de la presente resolución.
 12. Finalmente, de acuerdo a lo establecido en el literal a) del numeral 106.1 del artículo 106 del Reglamento, corresponde declarar infundado el recurso de apelación y, en consecuencia, corresponde ejecutar la garantía presentada por el Impugnante por la interposición de su recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 del Reglamento.

CONCLUSIÓN:

En razón de lo expuesto, el Vocal ponente es de la opinión que corresponde:

1. Declarar **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la empresa **GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L** (R.U.C N° 20600249160) contra la descalificación de su oferta en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 011-2018GA-MPM – Procedimiento Electrónico – Primera Convocatoria, para la “*Adquisición de Alimentos para el Programa PANTBC: 69,645 Latas de Leche Evaporada Entera*”, conforme a los fundamentos expuestos.
2. **EJECUTAR** la garantía presentada por la empresa **GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L** (R.U.C N° 20600249160).



Resolución N° 1381-2018-TCE-S3

3. Disponer que la Entidad practique la fiscalización posterior de la oferta de la empresa **GROUP INVERSIONES J & JK E.I.R.L** (R.U.C N° 20600249160), conforme a lo indicado en el considerando 11 de la presente resolución.
4. Disponer la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la Mesa de Partes del Tribunal dentro del plazo de treinta (30) días calendario de notificada la presente Resolución, debiendo autorizar por escrito a la (s) persona (s) que realizará (n) dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central del OSCE para que se gestiona su eliminación siguiendo lo dispuesto en la Directiva N° 001-2018-AGN-DNDAAI "NORMA PARA LA ELIMINACIÓN DE DOCUMENTOS DE ARCHIVO EN LAS ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO".
5. Dar por agotada la vía administrativa.



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

MARIO ARTEAGA ZEGARRA
Vocal

